

论大数据时代公民隐私权保护的刑法应对

——从“仙剑四代拍”事件切入

孙承程 苑嘉辉

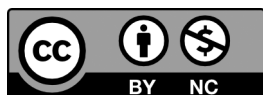
上海政法学院刑事司法学院，上海

摘要 | “仙剑四代拍”事件使得人们注意到代拍行为性质恶劣，因此对于情节较为严重的代拍者，值得动用刑罚加以处罚。代拍行为的本质是对于公民隐私权的侵犯，但是现行刑法中尚未对隐私权单独设置罪名，在实践中以其他罪名进行间接保护也往往会导致陷入难以定罪的困境，因此代拍行为究竟应当构成何罪仍具有争议。放眼如今的大数据时代，科技的发展使得公民隐私权更易受到侵害，生活方式的变革使得隐私权呈现出更多的社会价值和经济价值，因此，刑法对于隐私权的保护应从与时俱进转变法益观念着手，通过独立设置罪名或者章节的方式将其和人身法益、财产法益并列保护。

关键词 | 隐私权；个人信息；刑法保护；大数据

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



作者简介：孙承程（1998 年 -），女，浙江杭州人，汉族，上海政法学院刑事司法学院，硕士在读研究生，主要研究方向：刑法学；苑嘉辉（1996 年 -），男，河南周口人，汉族，上海政法学院刑事司法学院，硕士在读研究生，主要研究方向：刑法学。

文章引用：孙承程，苑嘉辉. 论大数据时代公民隐私权保护的刑法应对——从“仙剑四代拍”事件切入 [J]. 社会科学进展, 2022, 4 (3): 276-283.

<https://doi.org/10.35534/pss.0403024>

1 起因

在今年5月11日,一则名为“‘仙剑四’剧组将‘代拍’绑在树上”的消息上了微博热搜。代拍行为之所以被演艺圈反感,是因为代拍者将明星的工作和私生活的照片或视频卖给狂热粉丝的行为已经构成对明星隐私权的侵害,如果情节严重的,值得动用刑法加以处罚。

笔者在此暂且不议论“绑人”的行为是否构成非法拘禁罪或侮辱罪,仅从代拍这种侵权行为如果达到情节严重的程度,应当以何种罪名进行处罚的角度切入论述。

2 代拍行为是否构成侵犯公民个人信息罪之争

部分学者认为,这种偷拍他人私密照片后贩卖的行为应当构成侵犯公民个人信息罪。该部分学者认为:首先,从保护法益内容的角度而言,侵犯公民个人信息罪属于人身犯罪的范畴,其所保护的法益为“公民个人信息的安全和自由”,目前主流学说认为对于值得刑法保护的个人信息的界定范围应当遵循“可识别说”,即将他人是否可以通过被害人被侵犯的信息识别出被害人的身份作为区分罪与非罪的标准^[1],在本案中,由于代拍者的拍摄行为违背了被害人的自由意志,拍摄的照片和视频的主要内容就是被害人的身体特征或者面部特写,因此可以通过这些信息轻易识别出其所拍摄的特定对象,并且通过画面背景展现的种种细节还原出被害人的日常生活轨迹和工作活动情况,因此,符合“可识别说”的界定要求;除此之外,从刑法文义解释的角度而言,工作生活隐私和身体特征隐私也在“个人信息”的词义射程范围之内,根据《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》可知,侵犯公民个人信息罪保护的“个人信息”要求能够单独或者和其他信息相结合进而有识别特定目标身份、反映特定目标的活动情况,而想要识别特定目标身份主要依据身形相貌特征,明晰特定目标的活动轨迹也主要依据行踪轨迹,由此可见,代拍的成果可以说是个人特征和行踪的信息化再现^[2]。其次,从客观行为的角度而言,侵犯公民个人信息罪第三款要求以窃取或其他非法方式获取公民的个人信息,在本案中,代拍者的偷拍行为符合窃取所要求的“不为被害人所知的秘密性”的核心内涵,因此可以认为是窃取更为具体直接的一种表达方式。

笔者认为,上述学者的观点和法院认为“私密照片属于个人信息”的判决仍具有值得商榷之处,争论的核心在于公民隐私权和公民个人信息安全权二者所保护的法益的是否相同。笔者承认能够呈现公民行踪轨迹的载体多种多样,不会仅仅局限于电子数据信息,能够辨认出特定目标的照片、曝光私密生活的视频都可以展现公民的日常生活轨迹,但是,这些以代拍、偷拍的行为所实际侵犯的法益应当属于公民隐私权所要保护的法益,而非公民信息安全权所要保护的法益。究其本质在于,个人信息安全权和隐私权相互竞合,但又并非完全重合:并非所有的个人信息都属于隐私,例如,侵犯公民个人信息罪的司法解释所列举的“姓名、身份证号码、住址、财产状况”等由特定国家机关掌握的或者完全公开的个人信息就不属于个人隐私,其中的“行踪轨迹”应当理解为可以量化为电子数据的信息,例如,在(2020)鲁14刑终157号案例中,被告人通过在被害人车辆上安装GPS定位器的方式实时监控被害人的行踪,当车辆发生位移时,GPS设备自动向账户反馈实时经纬度、时间、车速信息;也并非所有的个人隐私都属于侵犯公民个人信息罪的保护范畴之内,例如,对于公民住宅安宁的“空间隐私”的保护,就属于非法侵入住宅罪而非侵犯公民个人信息罪所规制的范围。由此可见,隐私权所要保护的对象不能受限于对于能够识别特定目标身份的非法获取和售卖,仅从经济价值的角度衡量公民隐私权是不全面的,因为隐私权呈现的是对于公民独立人格的肯定、自我价值的鼓励、人格尊严的捍卫,是最为隐秘的空间、最为安宁的居所,是维护自由和舒张个性的最后一道防线,还有国外的法学家从心理健康的角度阐述以法律保护隐私权对于个人全面发展也具有重要意义^[3]。综上所述,笔者认为,代拍者拍摄的反映明星身体样貌特征以及私密日常生活的照片和视频所侵犯的应当是被害人的隐私权而非个人信息安全权。

隐私权和生命权、健康权、肖像权等作为一项法定的民事权利被民法加以保护,但是对于前文所述的隐私权所要保护的法益而言,现行刑法并未对此独立规定专门罪名进行保护,而是采取了以零散罪名在保护其他法益的同时对此进行间接保护,例如,在侵犯个人法益的犯罪中规定侵犯通信自由罪,私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪,在妨害社会管理秩序犯罪中规定非法控制计算机信息系统罪等。笔者认为,这种间接保护的方式会导致代拍行为在司法实践中难以定罪。

3 寻求他种罪名进行间接保护的力所不及

代拍者和粉丝之间最为常见的交易方式通过计算机网络进行线上交易，但是代拍者出售照片或视频的行为难以以非法利用信息网络罪进行定罪。刑法第287条规定的客观行为要求行为人利用信息网络的目的是用于违法犯罪、发布的信息涉及违禁物品或者设立用于实施违法犯罪的网站，而在代拍交易中，买卖双方使用网络的目的是为了履行买卖合同，因此交易行为不构成非法利用网络信息罪，同理，对该交易提供帮助者也不会构成帮助信息网络犯罪活动罪，因为刑法第287条虽然将帮助行为正犯化，但是仍旧要坚持共犯从属性原则，因此，只要实行行为不构成犯罪，那么帮助行为也不会构成犯罪。

如果代拍者为了近距离拍摄明星的私照而潜入明星住宅内，则该潜入行为可能构成非法侵入住宅罪，而在实践中，有能力潜入明星家中的代拍者毕竟只是极少数，该行业最常见的行为也仅止于根据粉丝要求跟踪特定明星假装“偶遇”、依据明星行程安排在机场接机，或者根据“CP粉”要求拍摄特定两个明星的互动场景，况且，在“仙剑四代拍”事件中，代拍们也只是躲在了距离剧组不远的树林中，该处树林属于公共场所，因此并未侵犯明星的住宅安宁权。

如果代拍者为了偷拍不择手段，使用黑市所购买的窃听器、针孔相机等非法设备进行拍摄和录像，则可能构成非法使用窃听、窃照专用器材罪或者非法获取计算机信息系统数据罪，但是，在“仙剑四代拍”事件中，代拍者使用的都是自己的手机，并没有使用任何非法设备，因此也不符合以上两个罪名所必要的“以非法手段”获取他人隐私的客观构成要件。

有些粉丝为了欣赏偶像的“颜艺”，特意要求代拍者抓拍明星的不雅动作、失态表情或者出糗行为，该种抓拍的图片和视频一旦传播，则会在一定程度上侵犯明星的名誉权，但是对于始作俑者的代拍者也很难构成侮辱罪或者诽谤罪。第一，对于侮辱罪而言，其客观构成要件要求公然贬低他人人格、损害他人名誉，而该种图片和视频虽然在损害结果上符合该罪的要求，但是在实践中，粉丝通过社交平台或他人介绍联系到“代拍者”之后，往往是一对定制特定的拍摄主题，并且拍摄所得的结果也会由代拍者一对一发给该粉丝，粉丝不会发布在社交平台供其他人免费围观自己付费所得的收藏品，代拍者也会遵守“行规”而不将照片和

视频公然发布,因此,代拍行业特有的私密性无法满足侮辱罪所要求的“公然”性。也有些代拍者会通过公开曝光明星的性取向、有私生子等个人隐私吸引粉丝向自己下单“约片”,而这些个人隐私对于明星而言,只是其不愿意公开的一种既存事实,并不涉及对于名誉权的侵犯,因此也不构成侮辱罪。第二,对于诽谤罪而言,其构成要件要求行为人以虚构事实进行造谣的方式降低被害人的社会评价,而在代拍交易中,粉丝的核心要求就是代拍者拍摄的照片和视频必须绝对真实。

那么,如果有变态的代拍者偷拍明星的裸体或私密部位的行为应当如何规制呢?在2020年,制片人于正曾经在微博爆料一位在横店拍戏的女演员在自己的房间换衣服,直到穿好衣服后才发现已经被偷拍,事后更是遭到对方以裸照进行敲诈勒索。笔者认为,该种行为虽然可以构成制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,但是却不能很好地保护明星的隐私权。传播淫秽物品牟利罪的构成要件为行为人主观上有非法牟利的目的,在客观上实施了制作、贩卖淫秽物品的行为,代拍者偷拍女演员换衣服的画面并且出售给粉丝的行为符合该罪的构成要件,因此可以以该罪名进行定罪,如果是粉丝指使代拍者拍摄女演员裸体的,则该粉丝应当构成该代拍者的教唆犯。并且,在司法实践中,偷拍女性私密部位后出售照片的行为也确实以该罪名定罪量刑:在(2020)鲁0691刑初181号案例中,被告人对正在上厕所的女性的私密部位进行偷拍的方式取得共计70部淫秽视频,并出售给不特定的网友,共获利900余元,法院认为,显示女性隐私部位的视频属于淫秽物品,因此,被告人主观上具有非法牟利的目的,客观上实施了制作和贩卖淫秽物品的行为,因此以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪判处有期徒刑6个月,罚金6000元。但是,笔者认为,以妨害社会管理秩序犯罪对于隐私权进行间接保护的方式并不能较好地保护被害人的隐私权:第一,对于代拍行为而言,并非所有的代拍者都会拍摄明星的裸照进行发布曝光或交易给粉丝,在“仙剑四代拍”事件中,代拍者们拍摄的内容也仅有剧组正在拍戏的场景,并且“仙剑四”中也并不存在需要演员裸体的激情戏,因此除了涉及淫秽的照片和视频,大多数的代拍行为难以以制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪定罪。第二,对于制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的入罪门槛和法定刑升格都要求达到一定的严重情

节,但是,在目前的司法解释中,并没有从侵犯被害人隐私权的角度衡量情节的“严重”:在《关于审理非法出版刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第8条中,主要以淫秽物品的数量、播放次数、获利金额等标准量化情节的“严重”,在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条也仅以数量和是否造成严重后果来规定是否构罪,二者都并未涉及对于被害人隐私权损害程度的规定,由此可见,侵犯隐私权并非该罪的构成要件和法定量刑情节,只能成为法官根据个人主观情感行使自由裁量权的酌定量刑情节。在2009年“江国盛偷拍案”中,法官认为被告人偷拍女友裸照后,为了报复女友与其分手遂将裸照发布在QQ空间,而且还公布被害人真实身份,导致有多名男子致电被害人询问性交易的价格,该行为“给被害人留下了难以摆脱的精神伤害”,但是法官的判词也仅是对被害人由于隐私权受到侵犯后的危害结果进行了评价,而非积极阐述由于被害人的隐私权遭到侵犯以及社会公序良俗遭到扰乱,从而认定被告人的行为构成传播淫秽物品罪的因果关系,这体现了通过扰乱社会秩序犯罪对隐私权进行间接保护的效果并不尽如人意。第三,有学者指出,“淫秽物品”带有对性的否定评价,因此,将被害人的隐私权被侵犯的悲惨结果视为淫秽物品,导致被害人除了要忍受社会伦理评价所贴上的“低俗下流”的标签,还要遭受来自法律负面评价所带来的二次伤害,这种以社会法益间接保护隐私权的方式其实否定了对于隐私权保护的立法初衷^[5]。

综上所述,笔者认为,代拍行为的本质在于对公民隐私权的侵犯,而在现行刑法中,不仅缺少保护隐私权的独立罪名,寻求他种罪名对隐私权进行间接保护也显得力所不及。因此,尽快找到合适的解决之道势在必行。

4 大数据时代公民隐私权保护的刑法应对

放眼域外,对于隐私权的立法保护大多采用集中统一立法的方式,例如,美国的联邦和各个州均通过集中立法保护隐私权,如保护公民隐私权的专门法律《隐私权法》、规制电子商务领域用户隐私的《电子通讯隐私法》、包含有整理美国各级法院对于隐私权判例的《美国侵权行为法(第二次)重述》等^[6]。

笔者认为,域外诸国之所以能够实现以集中立法的形式对隐私权加以保护的先进立法观念,源于其立法者已经完成了顺应当下大数据时代的潮流发展而进行的法益观念的转变。正如一位外国学者所言:“大数据时代的致命缺点在于,数据共享是集体福利,但是其潜藏风险得由个人承担。”当代人享受着过去所有纪元的人类难以想象的便利生活,但是同时也必将承受祖先们不必承担的诸多风险。由此可见,在大数据时代之下,隐私权对于公民个人的社会价值和经济价值不断增加,理应成为不仅限于依靠民法、行政法保护,而是值得动用刑法加以规制的法益。在我国的现行刑法中,针对侵害公民个人的行为主要以人身犯罪和财产犯罪加以保护,虽然隐私权确实和名誉权、健康权等权利一样具有属于人身法益的属性,然而,也只有在今日这个大数据时代,以各种新型科技手段侵犯隐私权的行为才能构成有别于过去社会的巨大的破坏力,因此,隐私权的本质可以归结为“公民个人数据化的利益”,应当成为和财产法益、人身法益相提并论的第三种独立存在的个人法益,立法者应当改变传统的法益观,在现行刑法的基础上单独设立保护隐私权的罪名,或者直接加入关于隐私权的独立章节,以此推进刑法不断与时俱进。

参考文献

- [1] 汤小景. 侵犯公民个人信息罪司法适用研究[J]. 上海公安高等专科学校学报, 2018(1): 61-66.
- [2] 罗炜. 偷拍行为的刑法定性探讨[J]. 濮阳职业技术学院学报, 2022(2): 61-63.
- [3] 马特, 刘华. 美国隐私权的历史与发展[A] // 上海市哲学社会科学规划办公室、上海社会科学院信息研究所编. 国外社会科学前沿. 上海: 上海人民出版社, 2014: 446-447.
- [5] 陈冉. 论大数据背景下隐私权的刑法保护[J]. 中国刑事法杂志, 2017(3): 66-87.
- [6] 李晓蕊. 国外对隐私权的法律保护[EB/OL]. (2007-12-04) [2022-05-13]. <https://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2007/12/id/859167.shtml>.

On the Criminal Law Response to the Protection of Citizens' Privacy in the Era of Big Data —Starting from the Event of “Xian Jian Four Generations Shooting”

Sun Chengcheng Yuan Jiahui

*College of Criminal Justice, Shanghai University of political science and law,
Shanghai*

Abstract: The “Xianjian four generation shooting” incident makes people notice that the behavior of “generation shooting” is bad, so it is worth using punishment for those who have serious circumstances. The essence of “acting as a photographer” is an infringement of citizens’ right to privacy, but there is no separate charge for the right to privacy in the current criminal law. In practice, indirect protection with other charges will often lead to the dilemma of difficult conviction. Therefore, it is still controversial what crime the “acting as a photographer” should constitute. In today’s big data era, the development of science and technology makes citizens’ right to privacy more vulnerable to infringement, and the change of lifestyle makes the right to privacy show more social and economic value. Therefore, the protection of privacy in criminal law should change the concept of legal interests from keeping pace with the times, and protect it side by side with personal legal interests and property legal interests by setting charges or chapters independently.

Key words: Privacy; Personal information; Criminal law protection; Big data